ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Ing. Venduly Sochorové a Mgr. Karla Černína, Ph.D. ve věci

žalobkyně: **Solitea, a. s.**
sídlem Drobného 555/49, Brno

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

za účasti: **Česká republika – Ministerstvo dopravy**
sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, Praha 1

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 6. 2. 2020, č. j. ÚOHS-04205/2020/322/PJe,

takto:

I. Žaloba se zamítá.

II. Žalobkyně nemá právo na náhradu nákladů řízení.

III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

IV. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. V projednávané věci jde o posouzení, zda zadavatel (Česká republika – Ministerstvo dopravy) v otevřeném zadávacím řízení na zadání veřejné zakázky *„Personální informační systém resortu Ministerstva dopravy“* (zveřejněné pod evidenčním číslem Z2019-023222 dne 12. 7. 2019 ve Věstníku veřejných zakázek) stanovil zadávací podmínky v souladu se zákonem.

2. V námitkách proti zadávací dokumentaci žalobkyně označila jako zjevně diskriminační požadavek zadavatele, aby v rámci dodávky personálního informačního systému získal licence opravňující jej k neomezenému užívání a kompletní zdrojové kódy těch částí autorského díla, které jsou počítačovým programem (čl. 9.5 smlouvy). Za excesivní považovala rovněž podmínku týkající se proprietárního software, u kterého nelze z objektivních důvodů po dodavateli požadovat, aby zadavateli požadovaná oprávnění poskytl. Podle této sporné podmínky by předmětný proprietární software musely nabízet na relevantním trhu alespoň 3 na sobě nezávislé a vzájemně nepropojené subjekty oprávněné takovýto software upravovat (viz čl. 9. 7. 1 smlouvy). Rozhodnutím ze dne 17. 9. 2019 zadavatel námitky žalobkyně odmítl, neboť je neshledal důvodnými.

3. Žalobkyně proto podala k žalovanému návrh na přezkoumání úkonů zadavatele a domáhala se zrušení zadávacího řízení. Rozhodnutím ze dne 11. 11. 2019 č. j. ÚOHS-S0361/2019/VZ-30614/2019/532/LOh, žalovaný návrh žalobkyně zamítl. Konstatoval, že zadavatel nastavil takové zadávací podmínky, které mu umožní zadání následné veřejné zakázky v rámci otevřené soutěže. Bylo proto nezbytné, aby disponoval oprávněním k výkonu majetkových autorských práv k předmětnému programu. Uzavřel, že zadávací podmínky byly formulovány v souladu se zákonem a nebyly diskriminační, proto neshledal důvody pro uložení nápravného opatření.

4. Rozklad žalobkyně předseda žalovaného napadeným rozhodnutím zamítl a potvrdil rozhodnutí správního orgánu I. stupně.

II. Obsah žaloby

5. Žalobkyně v podané žalobě uvedla, že zadávací podmínky odporují zákonu. Požadavek na poskytnutí zdrojových kódů, resp. podmínku týkající se proprietárního software považuje za zjevně diskriminační.

6. Již ve správním řízení zdůrazňovala, že po ní nelze spravedlivě požadovat, aby poskytla zdrojové kódy ke svému komerčnímu produktu, který vyvíjí a zdokonaluje již téměř 30 let a který je jejím hlavním obchodním artiklem. Software VEMA naplňuje definici proprietárního software a jeho zdrojové kódy mají povahu obchodního tajemství dle § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku. S ohledem na složitost poptávaného informačního systému by ani při poskytnutí zdrojových kódů nebylo možné předpokládat, že by jiný subjekt dokázal navázat na práci žalobkyně na stejné odborné úrovni. Poskytnutí zdrojových kódů by tak mělo negativní vliv na obchodní činnost žalobkyně, aniž by zadavatel získal předpokládaný benefit. To ostatně přiznal i žalovaný v bodě 49 napadeného rozhodnutí.

7. Poptáván je velmi složitý a komplexní systém. Pokud by se jiný dodavatel měl seznamovat se zdrojovými kódy, nebyl by v řádu měsíců či týdnů schopen natolik proniknout do jeho systematiky, aby jej mohl upravovat. Personální systém je silně legislativně závislý. Ke změnám dochází mnohokrát ročně a je nutné je zapracovat rychle. To nedává žádný prostor ke studiu zdrojových kódů a jejich souvislostí.

8. Poskytnutí zdrojových kódů by znamenalo výrazné navýšení nabídkové ceny poptávaného plnění (řádově miliony korun). V konečném důsledku by zvýšilo cenu zakázky do takové

míry, že by vůbec nebylo možné hovořit o hospodárnosti a efektivitě vynakládání veřejných prostředků.

9. Dané úvahy přitom platí i pro informační systémy jiných dodavatelů působících na trhu (např. Microsoft, SAP a jejich tuzemští partneři, případně tuzemští výrobci GORDIC, Elanor, KS Program, AutoCont CZ, Asseco nebo I.CZ). Není tedy pravdou, že by žalobce nevymezil okruh srovnávaných systémů, jak tvrdí předseda žalovaného. I tyto další systémy jsou natolik složité, že i při předání doprovodné dokumentace je pro konkurenční dodavatele komplikované konzistentně navázat na jiný systém bez účasti jejich původců.

10. K možnosti nabídnout proprietární software s podmínkou, že na relevantním trhu existují alespoň 3 na sobě nezávislé a vzájemně nepropojené subjekty oprávněné jej upravovat žalobkyně uvedla, že její proprietární software nejsou oprávněni upravovat ani její obchodní partneři. Důvodem je nejen ochrana obchodních zájmů, ale i složitost daného software. Touto zásadní skutečností se žalovaný nezabýval, neověřil ji šetřením na relevantním trhu, případně ustanovením znalce. Je přitom evidentní, že k posouzení těchto otázek neměl žalovaný odborné znalosti.

11. Existence partnerů vybraného dodavatele nijak nezaručuje, že se tyto subjekty v budoucnu budou účastnit navazujících zadávacích řízení. Představa, že se tito dodavatelé budou zajímat o podání nabídek do navazujících řízení, v nichž budou konkurovat samotnému výrobci proprietárního software, případně sobě navzájem, je iluzorní. Partneři výrobce jsou loajální především jemu samotnému a nejsou motivováni snahou rozbíjet existující kontrakty. V praxi se výrobci účastní veřejných zakázek napřímo nebo prostřednictvím jednoho partnera. Ostatně případná dohoda s jinými osobami by mohla být zakázanou dohodou dle zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a mohla by vést k vyloučení uchazeče. Tyto praktiky bylo možné zjistit provedením šetření, které žalobkyně navrhovala. Důkazem toho je ostatně i stávající veřejná zakázka. Vybraný dodavatel sice tvrdil, že jeho počítačový systém nabízí více subjektů, ovšem nabídku podal sám. Závěr žalovaného, že uvedená podmínka odstraňuje možnost dodat proprietární software, nad nímž původní dodavatel vykonává výlučné panství, neodpovídá realitě. Navíc tyto teoretické úvahy byly učiněny tzv. od stolu, aniž by byly zohledněny praktiky na relevantním trhu.

12. V důsledku nezákonného nastavení zadávacích podmínek obdržel zadavatel pouze jednu nabídku. V zadávacím řízení tedy neproběhla řádná soutěž o zakázku. Totéž bude platit pro navazující zadávací řízení. Lze očekávat, že i v budoucnu bude nabídky opakovaně podávat pouze vybraný dodavatel, který má jako jediný dostatečné know-how k úpravě svého software. Navíc původní dodavatel byl původcem původního informačního systému. Je proto nemyslitelné, že by se jeho obchodní partneři účastnili soutěže s konkurenční nabídkou proti němu. Pokud by to jejich vzájemné dohody umožňovaly, jistě by tyto společnosti již podaly nabídku do veřejné zakázky. Šetřením mohl žalovaný zjistit, že k tomu ani v obdobných případech nedošlo, neboť výrobce informačního systému si se svými obchodními partnery nekonkuruje. Podmínka stanovená v zadávací dokumentaci, aby proprietární systém nabízely alespoň tři nezávislé subjekty, tedy nijak nezaručuje, že se navazující veřejné zakázky zúčastní více dodavatelů.

13. Ve veřejné zakázce byla podána pouze jedna nabídka, což potvrzuje, že zadávací podmínky vedly k omezení hospodářské soutěže. Žalovaný v napadeném rozhodnutí existenci jediné nabídky bagatelizuje. Tím se ovšem odchyluje od své dosavadní praxe, která na počet nabídek v zadávacím řízení klade zásadní důraz. Podání jediné nabídky je považováno za jednu z hlavních indicií svědčících o omezení volné soutěže prostřednictvím nezákonně stanovených zadávacích podmínek. Bez dostatečného odlišení projednávaného případu tak žalovaný rozhodl v rozporu se svou dosavadní rozhodovací praxí. Tím došlo k porušení zásady legitimního očekávání.

14. Žalobkyně nezpochybňuje právo zadavatele nastavit zadávací podmínky tak, aby v budoucnu zabránil vendor lock-in efektu. Sporný je však způsob, jakým zadavatel v zadávacím řízení postupoval. Stav uzamčení lze vyloučit různými způsoby. Zadavatel měl povinnost zvolit způsob souladný se zákonem o zadávání veřejných zakázek a přihlédnout k situaci na relevantním trhu. Mohly být např. stanoveny povinnosti vybraného dodavatele spolupracovat s dalším subjektem při nutnosti zásahu do informačního systému, případně při ukončení smlouvy nebo při přechodu na nový systém. Způsob využitý zadavatelem je nepřiměřeně excesivní a likvidační. Neumožňuje totiž účast drtivé většiny dodavatelů požadovaného plnění na relevantním trhu. Mimo vyloučení soutěže tak je dalším důsledkem výrazné prodražení zadávacího řízení. Nesprávné jsou závěry žalovaného, že dodavatelé software se musí přizpůsobit požadavkům zadavatelů a začít nabízet software společně se zdrojovými kódy. Po dodavatelích nelze spravedlivě požadovat, aby poskytli svoje know-how a obchodní tajemství zadavatelům. Důsledkem takového postupu by bylo uzavření trhu.

15. Zamezení stavu *vendor lock-in* je v napadeném rozhodnutí nadřazeno zásadám zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalovaný akceptuje, že pokud zadavatel ví, jaký systém požaduje, nemusí umožnit rovnou hospodářskou soutěž. Zadávací podmínky v určitých případech mohou omezit soutěž, je-li to odůvodněno výzkumnými nebo výrobními účely. To však neplatí v případě veřejné zakázky, v níž je požadováno předložení údajů majících povahu obchodního tajemství. Tyto skutečnosti žalovaný v napadeném rozhodnutí dostatečně nezohlednil. Nevycházel ze spolehlivě zjištěného skutkového stavu věci, neboť neprovedl šetření, ani nezadal zpracování znaleckého posudku, přestože nedisponuje odbornými znalostmi v oboru. Nedostatečnost postupu žalovaného je o to závažnější, že neexistují jiná rozhodnutí žalovaného, která by se problematice legitimity požadavku zadavatele na poskytnutí zdrojových kódů detailně věnovala. Lze tak předpokládat, že v praxi budou zadavatelé při zadávání obdobných zakázek kopírovat postup nynějšího zadavatele. To povede k významnému omezení soutěžního prostředí na relevantním trhu.

16. Žalobkyně proto navrhla, aby soud napadené rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

17. Žalovaný ve vyjádření k žalobě setrval na závěrech napadeného rozhodnutí. K namítané složitosti poptávaného informačního systému uvedl, že žalobkyně sice připustila potřebu zadavatele vyhnout se stavu exkluzivity, ovšem fakticky tvrdí, že toho dosáhnout nelze. Přestože je poptávaný informační systém složitý a komplikovaný, nemůže žalovaný přijmout tezi, že jej žádný jiný subjekt nebude schopen za žádných okolností pochopit a upravovat. Uzavřené systémy bez možnosti získání licence jsou v prostředí IT zakázek nežádoucí, jelikož navozují stav exkluzivity. Žalobkyně uvedla seznam dodavatelů složitých informačních systémů, které nejsou třetí osoby schopny upravovat. Povinností žalovaného však v řízení o návrhu není zjišťovat, jaký software tyto společnosti nabízejí.

18. Současná praxe dovodila, že již při zadávání prvotní zakázky je nutno dosáhnout stavu, který neuzamkne zadavatele ve spolupráci s jediným dodavatelem, je-li zde předpoklad navazujících zakázek. Pokud má zadávání veřejných zakázek fungovat na spravedlivých principech zdravé hospodářské soutěže, je nutné, aby dodavatelé poskytovali produkty v alternativách přístupných k vývoji i ostatním dodavatelům. Zadavatelem stanovený požadavek na předání zdrojových kódů je základním předpokladem k zamezení stavu exkluzivity. Pokud žalobkyně nechce zdrojové kódy poskytnout, není to z důvodu nezákonnosti zadávacích podmínek, nýbrž nastavením jejích firemních politik. Je pouze na dodavatelích, zda mají zájem vstoupit do takto nastaveného smluvního vztahu. Žalovaný proto požadavek na poskytnutí veškerých autorských práv k software a komentovaných zdrojových kódů neshledal nezákonný ani diskriminační.

19. I přes nespornou složitost systému pochybuje žalovaný o absolutní nemožnosti plnohodnotného pochopení a úprav software jiným dodavatelem. To by znamenalo nemožnost jakékoliv existence *open source* systémů. Žalobkyně nepopsala konkrétní důvody, pro které by její systém měl být natolik složitý, že jej nelze upravovat nikým jiným. Bez znalosti konkrétních argumentů žalovaný uzavřel, že nelze tvrdit, zda získání zdrojových kódů umožní uskutečnění následných úprav vybraným dodavatelem navazující zakázky. Pokud by žalobkyní navržený systém skutečně nebyl možný upravovat nikým jiným, nabízela by systém pro veřejného zadavatele nevhodný, vedoucí ke stavu exkluzivity.

20. K namítanému zvýšení nákladů žalovaný poznamenal, že snaha zabránit vzniku stavy exkluzivity nemusí znamenat porušení zásady efektivity a hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků. Poskytnutím zdrojových kódů získá zadavatel možnost poptávat úpravy systému od širšího okruhu dodavatelů, což povede k tlaku na snížení ceny. Ve stavu exkluzivity hrozí vyšší cena navazujících služeb, případně náklady vyplývající z potřeby vymanit se ze závislosti pořízením nového systému. Zadavatel výslovně deklaroval, že předpokládá potřebu zadávání navazujících zakázek, proto je zřejmé, že náklady na zakoupení neomezené licence nebyly vynakládány v rozporu s principem hospodárnosti.

21. Možnost jiného způsobu řešení stavu *vendor lock-in* pomocí tzv. exitových mechanismů žalovaný neshledal vhodnou. V tomto případě totiž stav závislosti vznikne na dobu určitou. Zadavatel se do stavu exkluzivity dostane, nicméně má z něj přislíben výstup. Nemá však jistotu, že vybraný dodavatel bude v okamžiku skončení smlouvy stále existovat, případně jaká bude navzdory smluvnímu ujednání jeho ochota a rychlost pomoci s přechodem na systém konkurenčního dodavatele. Navíc zadavatel při využití této možnosti nemá možnost zásahů do systému při změně legislativy nebo při jiné potřebě rychlé změny. Smluvní zakotvení exitové strategie by mělo být součástí každé smlouvy na daný předmět plnění; žalobkyní navrhovaná strategie však stav uzamčení neřeší.

22. Co se týče argumentace o dodání proprietárního software za podmínky, že jej dodávají na území České republiky alespoň 3 na sobě nezávislí dodavatelé, žalovaný konstatoval, že se jedná o podmínku, jíž se zadavatel snažil otevřít hospodářskou soutěž pro navazující veřejnou zakázku. Požadavek je nutno vnímat v souvislosti s ostatními zadávacími podmínkami, neboť se jedná o vzájemné alternativy. Pokud by dodavatel nepřistoupil na hlavní podmínku a neposkytl zadavateli neomezenou licenci a zdrojové kódy, je mu dána možnost dodat do určité míry uzavřený software. K vyloučení stavu exkluzivity však zadavatel požaduje splnit požadavek určitého počtu dodavatelů oprávněných soutěžit o navazující zakázku. Přestože mohou vyvstat obavy, zda se takoví dodavatelé navazujících zakázek zúčastní, či zda budou v době zadání navazující zakázky existovat, jedná se o oprávněnou podmínku snažící se zabránit stavu exkluzivity. Tím spíš, jde-li o alternativní možnost splnění zadávacích podmínek. Otázku efektivity dané podmínky nelze v současnosti jednoznačně posoudit.

23. Žalovaný je přesvědčen, že přestože byla podána jen jedna nabídka, napadené rozhodnutí je souladné s jeho dosavadní rozhodovací praxí. Podání jediné nabídky je indicií, která může nasvědčovat nezákonnému omezení hospodářské soutěže. Bez dalšího zjištění však nemá žádnou relevanci. I na základě této indicie žalovaný provedl řádné prošetření celého případu a shledal, že k omezení hospodářské soutěže nedošlo.

24. V daném případě si zadavatel správně uvědomil riziko vytvoření nežádoucího stavu exkluzivity, proto vznesl požadavek na předání neomezené licence k dodanému software společně s předáním zdrojových kódů, resp. připustil alternativní možnost dodání proprietárního software bez zdrojových kódů, případně poskytnutí licence k *open source* systému. Právě z důvodu budoucích potřeb zadavatele a s přihlédnutím k zásadě rovné hospodářské soutěže a zásadě hospodárnosti a efektivity je žalovaný přesvědčen, že zadavatelem nastavené zadávací podmínky nejsou protizákonné ani diskriminační.

25. Navrhl proto, aby soud žalobu zamítl.

IV. Vyjádření osoby zúčastněné na řízení

26. Zadavatel (osoba zúčastněná na řízení) ve vyjádření k žalobě uvedl, že poptávaný personální informační systém bude zásadním nástrojem pro zajištění činností spojených s automatizovaným zpracováním dat týkajících se personalistiky, systemizace a zpracování platů, který vyhovuje požadavkům právních předpisů. Doplnil, že podle usnesení vlády č. 86 z 27. 1. 2020 byl povinen informovat vládu o záměru učinit výdaj v oblasti informačních technologiích přesahujících 6 mil. Kč a předložit věc útvaru hlavního architekta eGovernmentu. K záměru bylo dne 28. 4. 2020 vydáno souhlasné stanovisko a smlouva na veřejnou zakázku byla uzavřena 2. 6. 2020.

V. Ústní jednání

27. Při ústním jednání dne 27. 1. 2022 účastníci setrvali na svých stanoviscích obsažených v předchozích písemných podáních.

28. Zástupce žalobkyně zdůraznil, že brojili zejména proti povinnosti poskytnout zdrojové kódy. Daný požadavek se jim jeví jako bezdůvodná překážka řádné hospodářské soutěže, tj. požadavek odporující § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Přestože se požadavek jeví na první pohled jako legitimní, má závažné dopady na trh. Od roku 2019 proběhlo šest zadávacích řízení, v nichž byl uplatněn obdobný požadavek, s výsledkem, že byla podána jen jedna nebo žádná nabídka. V minulosti se však zakázek na obdobný předmět plnění účastnilo zhruba 5 společností. Snaha pečovat o zadavatelské prostředí je zcela lichá. Začlenění požadavku na poskytnutí zdrojových kódů do zadávacích podmínek vede k tomu, že pouze méně kompetentní firmy na daný požadavek přistoupí. Podotkl, že požadavek na poskytnutí zdrojových kódů by byl adekvátní, pokud by šlo o systém vyráběný na zakázku; u zakázky na existující software je však takový požadavek neakceptovatelný.

29. Zástupce žalovaného odkázal na odůvodnění napadeného rozhodnutí a vyjádření k žalobě. K věci dodal, že zadavatel požadoval získat zdrojové kódy a stát se pánem poptávaného software. Nad smluvními podmínkami nemá žalovaný nezkumnou pravomoc. Aktuální situace na trhu značí, že dochází ke změně podnikatelského prostředí. To však neznamená, že dochází k narušení hospodářské soutěže. Je rizikem zadavatele, že pokud nastaví přísné podmínky, mohou se soutěže o zakázku účastnit pouze méně kompetentní dodavatelé. Správnost ekonomického rozhodnutí zadavatele v tomto směru však žalovaný nemůže přezkoumávat. Možnost zadavatele následně pracovat se zdrojovým kódem závisí na řadě okolností. Provedení šetření trhu bylo podle žalovaného nadbytečné.

30. Soud rekapituloval obsah soudního a správního spisu. Vzhledem k tomu, že žalobkyně na jednání předložila jako důkazní návrh seznam zadávacích řízení na obdobný předmět plnění s požadavkem na poskytnutí zdrojových kódů, jehož se účastnil malý počet dodavatelů, a zástupce žalovaného požádal o odročení jednání, aby se mohl vyjádřit k předmětnému důkaznímu návrhu, soud odročil jednání na 17. 2. 2022, resp. následně z důvodu nemoci člena senátu na 28. 2. 2022.

31. Při jednání dne 28. 2. 2022 soud provedl dokazování seznamem veřejných zakázek na personální informační systém s povinností poskytnout zdrojové kódy od proprietárního software, který předložila žalobkyně na jednání dne 27. 1. 2022. Žalovaný k tomuto důkazu ve vyjádření z 8. 2. 2022 poznamenal, že byť se počet podaných nabídek ve zmiňovaných zadávacích řízeních (1 až 2 nabídky) jeví jako nízký, daný důkaz neprokazuje, že by výhrada předání zdrojových kódů představovala nehospodárný požadavek. Fakt, že účast v prvém zadávacím řízení není hojná, neznamená, že zadavatel neušetří finanční prostředky tím, že se zbaví závislosti na jediném dodavateli, který mu z titulu autorských majetkových práv může

diktovat cenu. Navíc podnikatelské prostředí se bude muset požadavku na předání zdrojových kódů přizpůsobit. Dále poznamenal, že zakázky vyhlášené v letech 2018 až 2019 byly z doby ekonomické konjunktury. Neúčast více dodavatelů tak mohla být ovlivněna i tím, že měli plné ruce práce.

32. Dále soud provedl dokazování dotazem ohledně výsledků šetření trhu, které provedl s ohledem na námitky žalobkyně vyčítající žalovanému absenci takového šetření v předcházejícím správním řízení. Nejprve provedl důkaz dotazem ohledně schopnosti oslovených dodavatelů účastnit se zadávacího řízení a možnosti úprav proprietárního software nezávislými obchodními partnery. Tento dotaz soud dle požadavku žalobkyně vznesl na společnosti Microsoft s. r. o., SAP ČR, spol. s r. o., GORDIC spol. s r. o., Elanor a. s., KS-Program, spol. s r. o., AutoCont a. s., Asseco Central Europe, a. s., Asseco Solutions, a. s. a ICZ a. s. (viz č. l. 85 – 93 spisu). Dále bylo provedeno dokazování odpověďmi oslovených společností na daný dotaz (č. l. 102 – 103, 105, 107, 109, 120, 122, 127, 129 – 132). Společnost OK System soud neoslovoval, neboť tato společnost se stala vybraným uchazečem v nynějším zadávacím řízení; je tak zřejmé, že podmínky stanovené zadavatelem byla schopna i ochotna splnit. Z odpovědí oslovených společností vyplynulo, že některé společnosti byly schopny zadávací podmínky týkající se vlastnických práv splnit (Elanor, Gordic), některé společnosti poptávaným personálním informačním systémem nedisponovaly (Autocont), jiné se zadávacích řízení neúčastní (Microsoft), vadí jim požadavek na poskytnutí zdrojových kódů (KS-Program), neumožňují poskytnout podlicenci ani neomezenou licenci (SAP ČR), případně že na základě soudem sdělených informací nejsou schopni odpověď poskytnout (Asseco Solutions). Společnost Asseco Central Europe na dotazy soudu neodpověděla.

VI. Posouzení věci soudem

33. Soud přezkoumal rozhodnutí předsedy žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů. Ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti, a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí předsedy žalovaného.

34. Dospěl k závěru, že **žaloba není důvodná**.

35. Žalobkyně tvrdila, že požadavek na poskytnutí zdrojových kódů je diskriminační, neboť porušuje autorské právo k programu, který vyvíjí již více než 30 let.

36. Zásady zadávání veřejných zakázek jsou zakotveny v § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek. Podle odstavce 1 *zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.* Z odstavce 2 plyne, že *ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.*

37. Podle § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek *zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.*

38. Z § 37 odst. 1 zákona pak vyplývá, že *podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako*

    a. *podmínky kvalifikace,*

    b. *technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,*

    c. *obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo*

d. zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.

39. Zadávací podmínky tvoří komplexní informační přehled o veřejné zakázce, který dodavatelům slouží jako podklad k rozhodnutí, zda se budou o veřejnou zakázku ucházet, či nikoliv. Zadavatel nesmí zadávací podmínky stanovit a sdělit nebo zpřístupnit tak, aby určitým dodavatelům byla bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručena konkurenční výhoda nebo aby byly vytvořeny neodůvodněné překážky při hospodářské soutěži o veřejnou zakázku (Krč, R., Vaněček, J. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář.* Praha: C. H. Beck, 2022). Přípustnost všech zadavatelem stanovených zadávacích podmínek je tak nutno posuzovat prizmatem naplnění zásad rovného zacházení a nediskriminace podle § 6 odst. 2. Zákaz diskriminace spočívá v tom, že žádný z dodavatelů nesmí být zvýhodněn oproti jiným dodavatelům. Tento zákaz ovšem není možné chápat absolutně, jelikož vždy je nutné vzít v potaz odůvodněné potřeby a požadavky zadavatele veřejné zakázky (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, publikovaný pod č. 1771/2009 Sb. NSS). Zadávací podmínky by měly být koncipovány tak, aby na jedné straně byla zaručena spravedlivá soutěž dodavatelů schopných realizovat veřejnou zakázku, a aby na straně druhé plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobilé naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele.

40. Ačkoli je zadavatel bezpochyby oprávněn stanovit i takové zadávací podmínky, v jejichž důsledku bude vyloučena určitá skupina dodavatelů na trhu z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku, musí respektovat zákonné mantinely, které jsou zákonem vymezeny a odrážejí složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky. Po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby stanovené zadávací podmínky měly na všechny dodavatele stejný dopad. Případné omezení by však mělo být vždy odůvodnitelné oprávněnými potřebami zadavatele. Zadavatel tak může podle § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek omezit hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku prostřednictvím zadávacích podmínek, musí ale unést důkazní břemeno, že se nejedná o bezdůvodnou překážku v hospodářské soutěži dodavatelů o veřejnou zakázku, resp. že se nejedná o bezdůvodné přímé či nepřímé konkurenční zvýhodnění (protěžování) určitého dodavatele či skupiny dodavatelů stanovenými zadávacími podmínkami. Na případnou bezdůvodnost omezování hospodářské soutěže je nutné pohlížet z pohledu předmětu veřejné zakázky a z něj vyplývajících oprávněných požadavků zadavatele (viz Dvořák, D., Machurek, T. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praha: C. H. Beck, 2017).

41. Při interpretaci § 36 odst. 1, resp. § 6 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek soud vycházel mimo jiné z dřívější judikatury správních soudů vztahující se k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Její závěry jsou podle plně použitelné i ve vztahu k § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek (shodně viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 11. 2021, č. j. 31 Af 44/2020-88). Také zákon č. 137/2006 Sb. obsahoval pravidlo o nepřípustnosti poskytnutí konkurenční výhody pomocí specifických požadavků v zadávacích podmínkách (podle § 44 odst. 11 a § 45 odst. 3 zákona), které svým obsahem fakticky odpovídá nyní platnému § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.

42. Stanovení nepřiměřených kvalifikačních požadavků nebo zcela specifických požadavků na technické parametry v zadávací dokumentaci může představovat formu nepřímé diskriminace, jelikož takovým postupem dojde k vyloučení některých dodavatelů, kteří by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Zásadu zákazu diskriminace však nelze vnímat absolutně, zadavatel má bezpochyby právo na to, aby v zadávacích podmínkách stanovil taková kvalifikační kritéria a takové požadavky na technické parametry, aby výsledné plnění odpovídalo jeho potřebám. Aby zadávací podmínky nebyly diskriminační, musí požadavky v nich vyjádřené vycházet z objektivně

zdůvodnitelných skutečností a korespondovat s účelem, kterého má být realizací veřejné zakázky dosaženo [např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 2. 2013, č. j. 7 As 7/2016-44, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 12. 2016, č. j. 31 Af 3/2015-29, nebo rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 20. 10. 2016, č. j. ÚOHS-S0599/2016/VZ-42820/2016/551/Opa; všechna citovaná rozhodnutí jsou dostupná na www.nssoud.cz nebo www.uohs.cz]. Naproti tomu, postup zadavatele veřejné zakázky, který do zadávacích podmínek zahrne účelové požadavky, které povedou k úmyslnému vyloučení některých dodavatelů, nebude v souladu s § 36 odst. 1 zákona.

43. Čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím více zúží okruh dodavatelů, kteří budou schopni jím požadované plnění dodat, dojde tudíž k většímu omezení hospodářské soutěže, případně jejímu vyloučení. Proto je nutné při přezkumu těchto přísnějších požadavků klást vyšší nároky na odůvodnění jejich objektivní potřebnosti a nutnosti při realizaci veřejné zakázky (podrobněji rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 3. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-55). Je-li ovšem zadavatel veden legitimními důvody ospravedlňujícími byť zásadní omezení hospodářské soutěže, mohou být stanovené požadavky nezákonné pouze v případě, že by byly zjevně nepřiměřené, vskutku excesivní a jasně vybočující z oprávněných potřeb dané zakázky [srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, nebo rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 3. 2015 č. j. ÚOHS- R401/2014/VZ-6479/2015/321/KKř.

44. Výše uvedené lze shrnout tak, že pro posouzení zákonnosti omezujících požadavků v zadávací dokumentaci z hlediska § 6 odst. 2 a § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek jsou klíčové důvody vznesení těchto požadavků (tj. jejich potřebnosti a nutnosti) a přiměřenost požadavků ve vztahu k těmto důvodům. Při posuzování přiměřenosti požadavků pak hraje roli jejich přísnost, tj. míra omezení hospodářské soutěže v jejich důsledku.

45. Ze správního spisu vyplynuly následující skutečnosti.

46. Podle zadávací dokumentace vyplývala podrobná specifikace předmětu plnění veřejné zakázky z návrhu smlouvy, který tvořil přílohu č. 2 zadávací dokumentace (viz bod 3.1 zadávací dokumentace). Z návrhu smlouvy je zřejmé, že předmětem veřejné zakázky je *„pořízení licencí, provedení předimplementační analýzy a implementace Personálního informačního systému resortu Ministerstva dopravy (dále jen „PIS"), integrace na okolní systémy, přenos dat ze stávajících systémů (migrace dat), zaškolení uživatelů a zajištění jeho provozu, softwarové údržby, podpory a technického rozvoje, tak aby bylo zajištěno bezproblémové fungování PIS v souladu s právním řádem České republiky"* (viz bod 2.1 návrhu smlouvy).

47. Stěžejní pro posouzení důvodnosti žalobních námitek je čl. IX smlouvy Vlastnické právo, nebezpečí škody na věci a právo užití. Z něj vyplývá, že licence k poptávanému autorskému dílu bude udělena jako nevýhradní a neomezená, s právem podlicence. Je-li Autorským dílem počítačový program, vztahuje se Licence ve stejném rozsahu na Autorské dílo ve strojovém i zdrojovém kódu, jakož i na koncepční přípravné materiály (viz čl. 9. 4. smlouvy). V souvislosti s poskytnutými oprávněními dle odst. 9.4 smlouvy byl dodavatel povinen nejpozději v rámci akceptace příslušné části plnění dle smlouvy předat objednateli zdrojový kód každé jednotlivé části autorského díla, která je počítačovým programem, a která je objednateli poskytována na základě provádění plnění dle této smlouvy včetně instalačních souborů, struktury a popisu databáze, vývojové, bezpečnostní a provozní dokumentace a uživatelské dokumentace na adekvátním nosiči dat (čl. 9. 5 smlouvy).

48. Součástí návrhu plnění mohl být podle čl. 9. 7 smlouvy tzv. proprietární software, u kterého zadavatel nemůže objednateli poskytnout oprávnění dle čl. 9. 4 smlouvy, ovšem při splnění některé z následujících podmínek:

a. jedná se o software výrobců, jenž je na trhu běžně dostupný, tj. nabízený na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat a který je v době uzavření této Smlouvy prokazatelně užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů. Dodavatel je povinen poskytnout Objednateli o této skutečnosti písemné prohlášení a na výzvu Objednatele tuto skutečnost prokázat (bod 9. 7. 1);

b. jedná se o software, u kterého Dodavatel poskytne s ohledem na jeho (i) marginální význam, (ii) nekomplikovanou propojitelnost či (iii) oddělitelnost a nahraditelnost v rámci plnění předmětu této Smlouvy bez nutnosti vynakládání výraznějších prostředků písemnou garanci, že další rozvoj PIS jinou osobou než Dodavatelem je možné provádět bez toho, aby tím byla dotčena práva autorů takovéhoto softwaru, neboť nebude nutné zasahovat do zdrojových kódů takovéhoto softwaru anebo proto, že případné nahrazení takovéhoto softwaru nebude představovat výraznější komplikaci a náklad na straně Objednatele (bod 9. 7. 2);

c. Dodavatel Objednateli k software poskytne nebo zprostředkuje poskytnutí úplných komentovaných zdrojových kódů software a bezpodmínečného práva provádět jakékoliv modifikace, úpravy, změny takového software a dle svého uvážení do něj zasahovat, zapracovávat ho do dalších autorských děl, zařazovat ho do děl souborných či do databází apod., a to i prostřednictvím třetích osob (bod 9. 7. 3).

49. Třetí možnost, jak nabídnout předmět plnění, plynula z bodu 9. 9. smlouvy. Podle něj mohl být součástí plnění tzv. open source software, u kterého Dodavatel nemůže Objednateli poskytnout oprávnění dle odst. 9.4 této Smlouvy, je Dodavatel povinen zajistit, aby se jednalo o open source software, který je veřejnosti poskytován zdarma, včetně zdrojových kódů, úplné původní uživatelské, provozní a administrátorské dokumentace a práva takový software měnit a současně je povinen zajistit, že právo Objednatele takový open source SW užít (např. licence) a způsob jeho použití nesmí kontaminovat zdrojový kód jakékoliv části plnění dle této Smlouvy, které jsou počítačovým programem, povinností jejich zveřejnění jakékoliv třetí straně.

50. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 z 27. 8. 2019 (viz č. 12 správního spisu) se uchazeč dotazoval, zda zadavatel upraví bod 9.7.1. smlouvy tak, aby definice proprietárního software neobsahovala požadavek na tři na sobě nezávislé a vzájemně nepropojené subjekty. Zadavatel odpověděl, že daný požadavek nelze upravit, neboť *„uvedené požadavky mají zadavateli zajistit svobodu rozhodování a možnost v rámci případného následného zadávacího řízení zadávat provoz, podporu, údržbu a rozvoj dle zákona 134/2016 Sb. (…), kdy zadavatel právě s ohledem na výše uvedené požadavky bude mít k dispozici buďto zdrojové kódy každé jednotlivé části autorského díla, která je počítačovým programem, nebo může důvodně předpokládat, že na trhu existují alespoň tři na sobě nezávislé a vzájemně nepropojené subjekty, které jsou oprávněny takový software upravovat, čímž Zadavatel omezuje rizika tzv. vendor-lock-in efektu. Požadavky mají oporu i v interní metodice Odboru hlavního architekta Ministerstva vnitra (…).“*

51. Z protokolu o otevírání nabídek z 3. 9. 2019 je zřejmé, že zadavatel obdržel jednu nabídku, přičemž součástí plnění dodavatele podávajícího nabídku byl proprietární software splňující podmínku dle 9. 7. 1 smlouvy.

52. Relevantní skutkové okolnosti případu lze shrnout tak, že zadavatel nynějšího zadávacího řízení hodlal mít možnost neomezeného výkonu práv nad předmětem zakázky, čemuž odpovídalo znění návrhu smlouvy (zejm. bod 9). Zadavatel požadoval personální informační systém, se kterým může nakládat libovolně podle svých potřeb. K tomu vyžadoval od

oprávnění, která by mu umožnila neomezené využívání autorského díla a jakékoliv zásahy do něj, aniž by byl vázán na konkrétního dodavatele. Proto zadavatel požadoval v rámci dodávky personálního informačního systému získat neomezené a nevýhradní licence, ale rovněž kompletní zdrojové kódy těch částí autorského díla, které jsou počítačovým programem. Připustil i variantu, že součástí předmětu plnění může být i proprietární nebo open source software, ovšem jen za určitých podmínek. Ve vztahu k proprietárnímu software (tj. software s uzavřeným zdrojovým kódem), u něhož nelze po dodavateli požadovat poskytnutí zdrojových kódů, vyžadoval splnění jedné ze tří podmínek (viz bod 9. 7 smlouvy). Žalobkyně nesouhlasila s požadavkem obsaženým v bodě 9.7.1. smlouvy, aby proprietární software nabízely na relevantním trhu alespoň tři na sobě nezávislé a nepropojené subjekty oprávněné software upravovat.

53. Žalovaný i předseda žalovaného považovali podmínky zadávací dokumentace za přiměřené a oprávněné. Požadavek na předání zdrojových kódů podle nich sledoval legitimní cíl, neboť byl základním předpokladem k tomu, aby do počítačového programu mohl zasáhnout a upravovat jej i někdo jiný než původní dodavatel. Výhrada předání zdrojových kódů nepochybně vedla k odstranění hlavní příčiny stavu *vendor lock-in* (viz body 48-55 napadeného rozhodnutí). Připustil, že předání zdrojových kódů k úspěšné realizaci navazující veřejné zakázky postačovat nemusí. Upozornil však, že zadavatel ve smlouvě stanovil požadavek na předání zdrojového kódu včetně instalačních souborů, struktury a popisu databáze, vývojové, bezpečnostní a provozní dokumentace a uživatelské dokumentace. Tato doprovodná dokumentace novému dodavateli práci se zdrojovým kódem usnadní, proto lze opatření nastavená zadavatelem požadovat za oprávněné, sledující legitimní cíl (viz body 57 – 59 napadeného rozhodnutí).

54. Soud proto hodnotil, zda zadavatelem nastavené podmínky nejsou bezdůvodně příliš omezující, že by vylučovaly účast drtivé většiny subjektů působících na trhu. Pro zodpovězení této otázky soud provedl šetření trhu, jak navrhovala žalobkyně. Ztotožnil se s ní v tom, že k vyhodnocení, zda je zadavatelem stanovený požadavek nepřiměřeně omezující, je nutné získat povědomost o možnostech a schopnostech dodavatelů působících na trhu. Žalovaný šetření trhu odmítl s odůvodněním, že není nutné znát možnosti jednotlivých dodavatelů. Za zásadní považoval pouze cíl, k němuž zadavatel začleněním daného požadavku sledoval, tj. vyhnout se v budoucnu stavu uzamčení. Soud však souhlasí se žalobkyní v tom, že kromě úmyslu zadavatele bylo současně nezbytné zjistit, zda zadavatelem nastavený požadavek nebyl nepřiměřený. I pokud jsou zadávací podmínky vedoucí k omezení hospodářské soutěže odůvodněny snahou zadavatele vyhnout se stavu uzamčení, mohly by znamenat porušení § 6 odst. 2, resp. § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek v případě, že by nastaveným požadavkem byla vyloučena účast drtivé většiny potenciálních dodavatelů a sledovaného cíle by bylo možné dosáhnout mírnějším způsobem (přiměřeně viz rozsudek č. j. 1 Afs 20/2008-152).

55. Vzhledem k tomu, že žalovaný nedisponuje odborností posoudit akceptovatelnost požadavku na poskytnutí zdrojových kódů jednotlivými dodavateli, bylo na místě zjistit situaci na relevantním trhu místním šetřením. Pokud to žalovaný neučinil a bez dalšího uzavřel, že k porušení zásady transparentnosti nedošlo, dopustil se vady řízení. Zbývalo tak posoudit, zda předmětná vada mohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Pokud by soud potencialitu vlivu na zákonnost rozhodnutí dovodil bez dalšího, žalovaný by v dalším řízení již žádné šetření neprováděl a pouze by přistoupil k zastavení řízení podle § 257 písm. j) zákona o zadávání veřejných zakázek, jelikož smlouva na plnění veřejné zakázky již v mezidobí byla uzavřena. Takový výsledek řízení by žalobkyni neposkytl odpověď na otázku, kterou považuje za stěžejní, zda požadavek na poskytnutí zdrojových kódů u předmětné zakázky není diskriminační. Soud proto oslovil subjekty navrhované žalobkyní sám a veden

úvahou, že pokud by závěry žalovaného o přiměřenosti daného požadavku obstály i po provedeném šetření, nemohla by daná vada mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí.

56. Žalovaný argumentaci žalobkyně o nesplnitelnosti požadavku na poskytnutí zdrojového kódu poněkud odbyl s obecným odůvodněním, že požadavek na poskytnutí zdrojových kódů představuje trend, kam se veřejné zakázky v IT posouvají. Tento závěr vyslovil „od stolu“, aniž by se dostatečně seznámil se situací na relevantním trhu. Za situace, kdy žalovaný svou vlastní rozhodovací praxí směřuje zadavatele k důslednému nastavení podmínek IT zakázek, aby nevznikal stav vendor lock-in, měl žalovaný náležitě prošetřit, zda dané požadavky jsou v v daném oboru splnitelné, resp. zda požadavky rozhodovací praxe (a judikatury) nebyly vyloženy zadavatelem v nynějším případě příliš excesivně.

57. Na základě provedeného šetření trhu soud dospěl k závěru, že podmínky nastavené zadavatelem byly splnitelné pro společnosti OK Systém, Elanor, Gordon, případně i KS-Program. Přestože tato společnost na dotazy soudu sdělila, že jim vadí požadavek na poskytnutí zdrojových kódů, ze seznamu veřejných zakázek předloženého žalobkyní vyplynulo, že se úspěšně zúčastnila jiné zakázky, jejíž podmínkou shodně jako v nynějším zadávacím řízení bylo poskytnutí neomezené licence i povinnost poskytnutí zdrojových kódů.

58. Otázkou tak zůstalo, zda zadávací podmínky nastavené zadavatelem v nynějším případě je skutečně možno označit za nepřiměřené a diskriminační, i přes zadavatelem specifikovaný cíl spočívající ve vyhnutí se stavu *vendor lock-in*, pokud umožňují účast minimálně 3 – 4 dodavatelů. K provedenému šetření soud doplňuje, že byly osloveny pouze subjekty zmíněné žalobkyní, aniž by soud blíže zkoumal, zda na trhu neexistují i jiné společnosti způsobilé poptávaný předmět plnění dodat. Nelze tak zcela vyloučit, že existují i jiné než dotázané společnosti schopné splnit předmět veřejné zakázky (lze totiž předpokládat, že pokud by o nich žalobkyně věděla, nemusela by je v rámci navrhovaných potenciálních dodavatelů označit). Na druhou stranu však lze podle soudu předpokládat, že žalobkyně jako potenciální uchazeče o veřejnou zakázku označila všechny společnosti, které shodně jako ona nejsou ochotny zdrojové kódy poskytnout. Výsledky šetření trhu je tak nutné brát do jisté míry s rezervou. I přesto je však patrné, že určití dodavatelé (nikoliv pouze jeden či dva) jsou schopni zadavatelem stanovené požadavky splnit. Za situace, kdy předmětná zadávací podmínka byla do zadávací dokumentace včleněna s přípustným odůvodněním vyhnout se stavu uzamčení, přičemž šetřením nebylo zjištěno, že by dané omezení znamenalo neúčast drtivé většiny případných dodavatelů, lze akceptovat závěry žalovaného, že dané omezení nebylo diskriminační.

59. Přestože některé společnosti usazené na trhu požadavkům zadavatele nebyly schopny vyhovět, je nutno zohlednit nezbytnou míru volnosti pro zadavatele a umožnit mu nastavením zadávacích podmínek dosáhnout zamýšlených cílů, jsou-li taková omezení soutěže ospravedlnitelná. Přestože soud šetřením trhu zjistil, že dané omezení je citelné a neumožňuje účast některých společností v zadávacím řízení, stále existují určitý počet subjektů ochotných dané podmínky akceptovat. Porušení zásad zakotvených v § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek tak soud neshledal.

60. Vzhledem k tomu, že ze šetření provedeného v řízení před soudem vyplynuly závěry podporující úvahy žalovaného zaujaté v napadeném rozhodnutí, nemělo pochybení žalovaného spočívající v neprovedení šetření trhu vliv na zákonnost rozhodnutí. Soud proto neshledal důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí pro procesní pochybení podle § 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s.

61. Není smyslem řízení o návrhu na přezkum úkonů zadavatele, aby dodavatelé nesplňující zadávací podmínky zadavatelům určovali, za jakých podmínek mají požadované plnění zadávat. Argumentace žalobkyně, že neměl být uplatněn požadavek na poskytnutí zdrojových kódů, ale že postačovalo zakotvení exitových mechanismů, podle soudu popírá míru

přípustné volnosti zadavatele při koncipování zadávacích podmínek. Tuto volnost odůvodněnou potřebami zadavatele a předmětem veřejné zakázky je třeba respektovat, má-li smysluplné odůvodnění a nezpůsobuje-li nepřiměřené a neodůvodněné omezení uchazečů o veřejnou zakázku. Po zadavatelích nelze požadovat, aby vypisovali zadávací řízení za podmínek vyhovujících dodavatelům, kteří se z různých důvodů rozhodli střežit své informační systémy a nezpřístupnit zdrojové kódy třetím osobám.

62. Požadavek na poskytnutí zdrojového kódu včetně doprovodné dokumentace byl v zadávacích podmínkách zadavatelem stanoven, aby se vyhnul stavu uzamčení. Ostatně právě ustálená judikatura správních soudů i rozhodovací praxe žalovaného akcentují obezřetnost zadavatelů při zadávání původní veřejné zakázky a nutnost nastavení takových zadávacích podmínek, které nepovedou ke stavu uzamčení. Pokud si zadavatel již v době zadávání původní veřejné zakázky je vědom charakteru projektu, jeho technologické náročnosti a nutnosti následného rozvoje, nemůže se podle Nejvyššího správního soudu s úspěchem odvolávat na svou „nešikovnost“ či „nevědomost“ při nastavení licenčních podmínek původní veřejné zakázky (viz rozsudek ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95 nebo ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53). Snahou zadavatelů by tak mělo být vyhnout se stavu uzamčení spojeného s nutnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění v navazujících zadávacích řízeních navazujících na předmět původní veřejné zakázky (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010-332).

63. Veřejné zakázky v oblasti IT jsou s ohledem na složitost autorských, licenčních a dalších souvisejících práv značně odlišné od ostatních veřejných zakázek. Jedním z jejich specifik je poměrně častá potřeba tzv. „následné“ zakázky, prostřednictvím které se zasahuje (např. v rámci dalšího rozvoje) do počítačových programů, které již zadavatel používá. Zadavatel by tedy měl již při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a pokud by zadavatel taková budoucí plnění předpokládal, musí při zadávání původní veřejné zakázky uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli (tzn. stav, kdy existuje pouze jediný dodavatel, který je právně nebo fakticky schopen plnit veřejnou zakázku) a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění v rámci otevřené hospodářské soutěže (viz rozhodnutí žalovaného z 27. 2. 2018, č. j. ÚOHS-S0002/2018/VZ-06048/2018/511/ŠNo, bod 130).

64. V nynějším případě zadavatel výše zmíněné požadavky respektoval. Vzhledem k tomu, že předpokládal v budoucnu potřebu zadávání následných zakázek, jejichž předmětem budou úpravy poptávaného informačního systému, vymínil si licenční podmínky, které by mu zajistily možnost úprav dodaného systému i jiným dodavatelem v budoucnu. Aby se vyhnul stavu *vendor lock-in* a nutnosti zadávání navazujících zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění, které by mohlo být shledáno jako nezákonné, vymínil si nutnost poskytnutí zdrojových kódů případně splnění předmětu plnění takovými způsoby, které podle jeho názoru vhodně zajistí možnost zadání navazujících zakázek v některém z otevřenějších druhů zadávacích řízení. Přestože včlenění daného požadavku do zadávacích podmínek vedlo k omezení hospodářské soutěže, nejednalo se s ohledem na předmět plnění o omezení nepřiměřené či diskriminační.

65. K námitce, že v případě složitých počítačových programů ani poskytnutí zdrojového kódu včetně doprovodné dokumentace nezajistí novému dodavateli v krátké době převzatý počítačový systém upravovat a pozměňovat, předseda žalovaného v bodě 44 shrnul, že *„získání zdrojových kódů počítačového programu a práva do programu práva do programu zasahovat je elementárním předpokladem k tomu, aby úpravu, rozvoj či zásah do počítačového programu bylo vůbec možno s pomocí nově vybraného dodavatele uskutečnit. Naproti tomu otázku, zda nově vybraný dodavatel bude moci navazující zakázku s přihlédnutím k technické složitosti původního řešení vůbec splnit, nelze předem bez znalostí konkrétních poměrů nově vybraného dodavatele, konkrétních rysů navazující zakázky a konkrétních charakteristik upravovaného programu s jistotou zodpovědět.“* S tímto závěrem se soud ztotožňuje a obavy žalobkyně odmítá jako neoprávněné. Zadavatel při nastavení zadávacích podmínek

učinil maximum pro to, aby respektoval stávající rozhodovací praxi žalovaného i správních soudů a vyhnul se nežádoucímu stavu exkluzivity. Přestože lze v obecné rovině souhlasit s tím, že pro nového dodavatele může být složité v budoucnu navázat na počítačový program vybraného dodavatele, ani žalobkyně netvrdí, že by to při poskytnutí zdrojových kódů a příslušné dokumentace možné nebylo. Případné obtíže a prodlení s převzetím daného programu a jeho úpravami budou předmětem až navazujících veřejných zakázek. Navíc žalobkyně nabídku nepodala, není proto rozhodující, zda by její systém byl nový dodavatel schopný dále rozvíjet; takové úvahy jsou čistě hypotetické a pro věc nepodstatné. V daném případě byla podána nabídka dodavatelem poskytujícím proprietární software, který jsou v současnosti oprávněni upravovat 4 dodavatelé. Lze tak předpokládat, že by jim případné zadání navazující veřejné zakázky nečinilo problém.

66. Navrhovala-li žalobkyně, že na místo požadavku na poskytnutí zdrojových kódů měl zadavatel požadovat pouze exitové mechanismy, soud k tomu opakuj, že nastavení zadávacích podmínek je na vůli zadavatele. Není na dodavateli, aby určoval, zda nastavené zadávací podmínky jsou pro dodavatele vhodné či nikoli. Pokud jednotlivým dodavatelům podmínky veřejné zakázky nevyhovují, nicméně odpovídají pravidlům stanoveným v zákoně, je na dodavatelích, aby zvážili, zda se za daných podmínek budou zadávacího řízení účastnit či nikoli. V tomto ohledu není relevantní, zda v minulosti zadavatelé nevýhradní licence a zdrojové kódy nevyžadovali, neboť právě praxe žalovaného a judikatura správních soudů je vede k větší obezřetnosti při zadávání veřejných zakázek v oblasti IT.

67. Podle soudu není z pohledu zákonnosti postupu zadavatele nijak relevantní, zda je výhoda spočívající v poskytnutí zdrojových kódů pro zadavatele efektivní. I pokud by soud přisvědčil žalobkyni, že samotné poskytnutí zdrojových kódů u software, který byl vyvíjen desítky let, nezaručuje, že s ním žalobkyně bude schopna okamžitě pracovat (a bude potřebovat delší čas pro jeho další vývoj), neznamená to, že by požadavek na zpřístupnění zdrojových kódů postrádal racionalitu. Ani žalobkyně netvrdí, že by při poskytnutí zdrojových kódů další vývoj jejího informačního systému možný nebyl. Navíc podmínky plnění bylo možné splnit i alternativně – např. dodáním proprietárního software, který jsou oprávněni upravovat nezávislí dodavatelé.

68. Soud uzavírá, že při přezkumu předmětné veřejné zakázky byl vázán zásadou zdrženlivosti. Není jeho úlohou definovat ideální znění zadávacích podmínek na dodávky personálních informačních systémů. Nastavení zadávacích podmínek je úlohou zadavatelů. Konkrétní smluvní podmínky musí vždy odrážet na jejich požadavky, oprávněné potřeby a předmět poptávaného plnění. V nynějším případě soud neshledal zjevný exces u požadavků zpochybňovaných žalobkyní ohledně nutnosti poskytnutí zdrojových kódů či požadavku, aby úpravy proprietárního software mohly vykonávat minimálně tři subjekty nezávislé na dodavateli.

69. Ani námitku, že definice obsažená v 9.7.1. nepřiměřeně rozšiřuje obecně platnou definici proprietárního software, neshledal soud důvodnou. Smluvní podmínky nejsou odbornou literaturou, která by musela respektovat obecně platné definice odborných výrazů. Zadavatel je oprávněn včlenit do zadávací dokumentace vlastní definici proprietárního software pro účely jeho veřejné zakázky. Ani žalobkyně nezpochybňuje, že zadavatel používá pojem proprietární software v obecně uznávaném smyslu; nelíbí se jí však skutečnost, že zadavatel pro dodání plnění s využitím proprietárního software omezuje dalšími podmínkami obsaženými v bodě 9.7. Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je tedy nevýznamné, zda daná podmínka vyhovuje obecně uznávané definici proprietárního software. Soudu, resp. žalovanému však přísluší hodnotit, zda se nejednalo o podmínku diskriminační či excesivní. Žalovaný dospěl k závěru, že při stanovení podmínky dle bodu 9.7.1 smlouvy byl zadavatel *„veden snahou vyvarovat se do budoucna situace, která by ve svém důsledku mohla vést k použití jednacího řízení bez uveřejnění“* (viz bod 66 prvostupňového rozhodnutí). Uzavřel proto, že se jednalo o

podmínku racionální. Výhrady žalobkyně, že by nezávislé subjekty upravující proprietární software v navazující zakázce s ohledem na loajalitu k výrobci software nesoutěžily, nejsou přiléhavé. Jedná se o ničím nepodložené spekulace, které by odporovaly řádné hospodářské soutěži. V tomto směru proto soud odkazuje na výše závěry uvedené závěry žalovaného.

70. V tomto ohledu žalovaný zmínil specifika veřejných zakázek z oblasti IT, která jsou dány složitostí autorských, licenčních a dalších práv, jakož i potřeby zadávání následných zakázek. Z těchto specifik plyne požadavek, aby zadavatel, předpokládá-li navazující plnění již při zadání prvotní veřejné zakázky, této situaci přizpůsobil smlouvu a zpracoval ji tak, aby nezaložil stav exkluzivity jediného dodavatele (viz bod 62 prvostupňového rozhodnutí).

71. V nynějším případě zadavatel realizaci navazujících plnění k nyní poptávanému systému předpokládal, proto postupoval výše naznačeným způsobem. Požadoval nevýhradní a neomezené licence společně s předáním zdrojových kódů. Aby zajistil širší hospodářskou soutěž, umožnil dodavatelům splnit předmět plnění i dodáním proprietárního software případně open source software. Podmínky na proprietární software stanovené v bodě 9.7 smlouvy pak zadavatel začlenil proto, aby v případě dodání tohoto plnění nebyl vystaven závislosti na poskytování následného plnění od jediného konkrétního dodavatele. Např. podmínka v bodě 9.7.1 smlouvy jednoznačně směřuje k tomu, aby měl zadavatel záruku, že dodaný PIS bude možné v budoucnu upravovat i jinými subjekty nezávislými na dodavateli prvotní veřejné zakázky. Tato skutečnost jasně vyplývá i z vysvětlení č. 2 zadávací dokumentace. Zadavatel tak postupoval v souladu se závěry rozsudku č. j. 5 Afs 54/2012-53 a stanovil zadávací podmínky, které mu umožní zadání navazující veřejné zakázky v rámci otevřené soutěže.

72. Úvaha, že zadávací podmínky soutěž nepřiměřeným způsobem omezily, pokud zadavatel obdržel pouze jednu nabídku, není případná. Podání jedné nabídky do veřejné zakázky může být indicií o možném omezení hospodářské soutěže. Tuto indicii bylo nutné prověřit a poměřit s ostatními okolnostmi zadávacího řízení. Žalovaný bez řádného zjištění situace na trhu uzavřel, že podmínka byla stanovena odůvodněně, bez záměru omezit soutěž, vedená snahou neporušit zákon a nezpůsobit si stav exkluzivity (viz bod 65 prvostupňového rozhodnutí). Tento zadavatelův cíl však bylo nutné poměřit rovněž s mírou omezení hospodářské soutěže na relevantním trhu, k níž její stanovení vedlo. Provedeným šetřením trhu zjistil, že nabídku do veřejné zakázky bylo schopno podat více dodavatelů než jeden (min. 3), ovšem z jiných důvodů se zadávacího řízení nezúčastnili. Jak již bylo výše uvedeno, takové omezení hospodářské soutěže soud považuje za přiměřené. V tomto směru proto závěry žalovaného do jisté míry koriguje, nicméně souhlasí s tím, že ani podání jediné nabídky v daném případě neznamenalo nepřiměřenost zadávacích podmínek. K porušení zásady legitimního očekávání tak nedošlo.

73. Soud nepřisvědčil žalobkyni ani v tom, že požadavek na poskytnutí zdrojových kódů vedl k porušení zásady hospodárnosti. Jak správně žalobkyně poznamenala, účelem zákona o zadávání veřejných zakázek je kromě zajištění podmínek pro vytvoření hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí, rovněž efektivní vynakládání veřejných prostředků (viz rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 30/2018-101, nebo Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 nebo č. j. 2 As 292/2017-34). Hospodárnost zvoleného řešení je však nutno vykládat komplexně (z dlouhodobého hlediska), při zohlednění původního zadávacího řízení i navazujících veřejných zakázek (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 2. 2021, č. j. 30 Af 19/2019-115). I pokud by požadavek na poskytnutí zdrojových kódů znamenal prodražení nynější veřejné zakázky, měl by naopak znamenat lepší podmínky pro navazující veřejné zakázky a větší soutěž o ně, tím pádem i jejich nižší cenu. K porušení zásady hospodárnosti tak nedošlo.

VII. Závěr a náklady řízení

74. Soud tak na základě všech výše uvedených skutečností neshledal žalobu důvodnou, a proto ji podle ustanovení § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl. Dospěl k závěru, že postup zadavatele neodporoval zásadě přiměřenosti ani zákazu diskriminace.

75. O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobkyně ve věci úspěch neměla (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

76. Výrok o náhradě nákladů řízení osoby zúčastněné na řízení se opírá o § 60 odst. 5 s. ř. s. V dané věci soud osobě zúčastněné na řízení neuložil žádnou povinnost. Neshledal rovněž důvody hodné zvláštního zřetele pro přiznání práva na náhradu jejích dalších nákladů řízení.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 28. února 2022

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá